

犁齋法史研究 卷一

漢唐法制與儒家傳統

黃源盛 著



元照出版

犁齋法史研究 卷一

漢唐法制與儒家傳統

Han-Tang Legal System and Confucianism

黃源盛 著

Yuan-sheng Huang

國家圖書館出版品預行編目資料

漢唐法制與儒家傳統／黃源盛 著．-- 初版．--

臺北市：元照，2009. 03

面；公分．--（犁齋法史研究．卷 1）

含索引

ISBN 978-986-6540-65-3（精裝）

1. 中國法制史 2. 儒家 3. 漢代 4. 唐代

580.9202

98003642

犁齋法史研究 卷一

漢唐法制與儒家傳統

5D165GA

2009 年 3 月 初版

作 者：黃源盛

著作權人：黃源盛

校 對：劉怡君、陳琦妍

封面題字：莊錫釗

目次英譯：胡碧嬋

出 版 者：元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址：www.angle.com.tw

定 價：新臺幣 600 元

訂購專線：(02) 2375-6688

傳真專線：(02) 2331-8496

郵政劃撥：19246890 元照出版有限公司

排版印刷：辰皓國際出版製作有限公司

版權所有・請勿翻印
Printed in Taiwan

ISBN 978-986-6540-65-3

漢唐法制與儒家傳統

黃源盛 著

黃源盛，1955年生於台灣雲林。東吳大學法學士、台北大學法學碩士、台灣大學法學博士，日本京都大學法學部研究員、訪問學者、東京大學東洋文化研究所外國人研究員，國家高等考試法制人員及格。專長法史學，著有《中國傳統法制與思想》（1998，五南）、《民初法律變遷與裁判》（2000，政治大學法學叢書 47）、《法律繼受與近代中國法》（2007，政治大學法學叢書 55）、《漢唐法制與儒家傳統》（2009，元照）等書，另有法律史學相關學術論文多篇。近十餘年來，致力於「民初司法檔案」的整編與研究，纂輯有《平政院裁決錄存》（2007，五南）、《景印大理院民事判例百選》（2009，五南）、《大理院民事判例全文彙編》、《大理院刑事判例全文彙編》及《晚清民國刑事立法史料集註》等法制史料百餘冊。先後執教於台北大學、台灣大學、東吳大學等校。現專職政治大學法律學系教授，主講「法制史」、「刑法史專題」、「中國法律思想史」等課目。並自2002年8月起，兼職中央研究院歷史語言研究所研究員，主編《法制史研究》，推動各項法史學學術研究計畫。

序

在兩千多年漫漫的中國法制長河中，漢唐——是兩個相當關鍵的時代，它對於傳統中國法文化的形塑和發展有著承先啟後的深刻歷史意涵。

一九七七年十月間，東吳大學的外雙溪校園已有幾分秋色，那時，我大四，「中國法制史」是一門必修課，張溯崇老師在黑板上寫了「春秋折獄」四個字，雖只匆匆一瞥，竟也執迷了「它」，就這樣，牽引了我走上法史研究這條路上來。

「春秋折獄」，以漢儒董仲舒為最著，此外，兩漢儒臣法吏亦頗多好引經義以決獄或斷事者，可惜，實際留存下來的案例並不多，又限於古史材料缺乏，漢律條文散佚不傳，詳情確係難考。而當時，有關此一課題的文獻極為罕見，就在參考資料尋尋覓覓的甘苦相伴裡，一九八二年夏天，我以「漢代春秋折獄之研究」為題，在指導教授林咏榮老師、國學碩儒張樹勳先生的殷望啟迪下，完成了約十五萬言的碩士論文。之後，一九九二年及一九九四年間，曾將其擇要增刪，分別以〈董仲舒春秋折獄案例研究〉、〈兩漢春秋折獄案例探微〉為名，發表於《國立臺灣大學法學論叢》與《政大法學評論》，意外地獲得相當多的迴響，其中，以張偉仁、黃靜嘉、戴東雄、林文雄老師直接、間接的督教，獎掖尤深。

二〇〇四年冬，中央研究院歷史語言研究所「經義折獄與傳統法律」為主題，召開國際學術研討會，既承邀與會，多年來的基本想法並沒有太大的改變，「老題」該如何「新論」？頗費思量，乃又三寫經義決獄，並將重心擺在以前較少著墨的〈春秋折獄「原心定罪」的刑法理論〉這個議題上，但盼不只是新瓶舊酒而已。另加上〈春秋折獄的當代詮釋〉當作「引子」，這就是本書〈上編〉四篇文字的由來。

中國法制歷史到了李唐一代，風華獨具，尤其《唐律》，上承魏晉隋遺緒，下開宋明清宏軌，體大思精，一準乎禮，是中華法系的經典之作，與西方的羅馬法相互輝映。

猶記，一九八五年秋，在台大讀法律學研究所博士班，選修戴炎輝老師的一門「唐律專題研究」，當時，老師已體弱，行動遲緩，但仍風雨無阻，從不遲到早退，每次上課十分鐘前，老師的座車準時來到徐州路法學院，我和另一位碩士班同學，到門口水池旁將老師攙扶入教室，這短短不到十公尺的距離，竟花了將近十分鐘的碎步時間，才能安穩就坐。這門課，選修人數不多，上課時，同學們輪流逐頁解讀《唐律通論》一書，如今，重拾早已泛黃的課本，審視著那註記著密密麻麻的疏釋，是老師講課的精華烙印。本書〈下編〉中的〈唐律中的禮刑思想〉和〈唐律責任能力的規範與理論〉兩篇文字，就是當年交給老師的期末報告，再經改寫而成。

一九九五年春，因緣際會裏，加入了高明士教授所主持的「唐律研讀會」，成員有歷史學界與法學界的師生約二十多人，每月聚會一次，逐條鑽研《唐律疏議》，並擇期召開學術研討會，昕夕講貫，至今不輟。值得一提的是，一九九九至二〇〇一年間，受邀到台大歷史系所兼課，講授「比較刑法史」、「比較民法史」等課程，高老師親領門下碩、博士生十餘人到課聽講，勤問敏思之情景，令人感奮；這也首開了台灣法學界與史學界的學術交流與科際整合，好幾位新生代法史俊彥於焉養成。在這段時光裏，撰寫了〈唐律中的不應得為罪〉、〈唐律輕重相舉條的法理及其運用〉、〈龍筋鳳髓判的法理與文采〉等三篇論著，分別發表於台北的《法制史研究》及《政大法學評論》，構成了本書〈下編〉新加題材的主幹部份。

以上九篇文字，撰寫的時空不同，原本各自獨立成章，經過兩年多來時作時輟的重新梳理，增修補訂，篇目雖舊，其義已新。另加上「導言」與「結論」以為全書的「起」與「落」，看來卻也一體聯

成。實際上，它已不祇是單純的論文集，而是具有前後貫穿的學術性專書；而從其實質內容看，總不離古典中國儒家的法律理念與實踐，乃將書名命為《漢唐法制與儒家傳統》。本來，古今異制，中外殊俗，法制歷史事件固無須強加比擬，但法文化的形成與衍進有其斷裂性，也有其延續性；以古論今，或以今議古，雖不免陷於法史研究方法之偏，遭致不識時務之譏，之所以不避其嫌，行文中不時出現今古相互衍義之當代詮釋，除踐行「通變古今」的探索理念外，亦行方便法門之權宜也。

細數前事，彷彿昨日，本書諸稿之成，橫跨二十幾個年頭，有年少輕狂的青澀與疏闊，有而立到不惑之年的豪情與願力，也有天命之年的回眸一顧。住在木柵的那段日子，每天，騎著腳踏車往返於道南橋畔，常暫停，丟片土司，戲看溪底群魚相爭，到底餌落誰家？一年多前，搬回了外雙溪老家，還是，喜歡悠遊於山澗溪旁；總愛笑問白雲，溪山任彼戀，風月有誰爭？對於法史玩索，仍有著一股俗世難以割捨的癡；對於昔日諸位師長，有著深深的孺慕與感念；當然，煙波無數，我也漸漸體悟到，什麼是心清景自靜。

飛花墜葉當中，當作因緣觀。世間事，生也因緣，滅也因緣。文章真有千古事？今釋又豈能盡古義？徒留一笑之緣罷了！是為亦新亦舊版序。

公羊氏 

二〇〇九初春
於外雙溪犁齋

目次

導言	1
----------	---

上編 經義折獄與儒家法學

第一章 春秋折獄的當代詮釋	9
---------------------	---

壹、序說	10
貳、春秋折獄盛行的時代背景	12
一、律令繁瑣	13
二、經學風尚	17
三、利祿外誘	20
四、禮教傳統	22
參、春秋折獄的幾個研究面向	24
一、歷史的考察	24
二、法學的闡釋	25
三、經義的探索	26
肆、結語	27

第二章 兩漢春秋折獄案例探微	31
----------------------	----

壹、序說	32
貳、董仲舒春秋折獄案例	32
案例一、拾兒道旁	37
案例二、誤傷己父	43
案例三、私為人妻	46
案例四、加杖所生	50
案例五、大夫縱麕	53
案例六、盜武庫兵	56
參、董仲舒以外的春秋折獄案例	59
案例一、徐偃矯制	59

案例二、薛況之獄	63
案例三、衛太子案	67
案例四、擅殺繼母	69
案例五、淮南王案	72
案例六、誹謗妖言	76
案例七、坐臧增錮	78
案例八、造意首惡	82
案例九、復讎之議	85
案例十、妄刊章文	88
案例十一、赦事誅意	91
案例十一、罪止首惡	94
肆、結語	96

第三章 春秋折獄的方法論與法理觀

99

壹、緒言	100
貳、董仲舒的折獄方法論	100
一、天人感應的經權理論基礎	100
二、自然法論的折獄理念	104
參、春秋折獄與法律的儒家化	107
一、從儒法之爭到儒法合流	107
二、法律儒家化的型態	110
肆、春秋折獄論評	113
一、關於董仲舒的春秋折獄	113
二、春秋折獄的流變、批判及其再思考	118
伍、結語	129

第四章 春秋折獄「原心定罪」的刑法理論

131

壹、前言	132
貳、刑法史上主觀主義與客觀主義的論爭	134
一、歐陸近代刑法史上的主客觀流派之爭	134
二、古代中國法上的主觀說與客觀說	138

參、公羊學派影響下春秋折獄罪刑適用的特色	145
一、動機論與結果論的對立——其心可誅乎？ 其行可誅乎？	145
二、倫理義務與法律責任的牽混——未然之罪 應如何論處？	152
肆、春秋折獄罪同異論的理論基礎與方法	160
一、「原心定罪」刑罰適用的理論基礎	161
二、罪同異論的評判基準及其流弊	164
伍、結語	171

下篇 唐律法意與儒家倫理

第五章 唐律中的禮刑思想	177
壹、序說	178
貳、禮本刑用思想的形成與時代背景	179
一、源於天道的人文秩序精神	180
二、儒學法律化思想的支配	182
三、外儒內法與泛道德思想現實政術的運作	184
參、禮本刑用觀的確立及其具體內容	186
一、罪刑因身分而異	187
二、據禮釋律的運用	192
肆、禮本刑用觀的基本精神與特質	195
一、義務本位	195
二、家族主義	197
三、男權中心	199
四、道義責任	200
伍、禮本刑用觀評述	202
一、道德·禮與刑的糾葛	202
二、積極面與再反思	207
陸、結語	212

第六章 唐律中的不應得為罪	213
壹、引言	214
貳、不應得為罪的歷史淵源及其理論基礎	215
一、律條溯源	215
二、處罰根據	217
參、《唐律》不應得為罪的義理與實際	220
一、律文釋義	221
二、律疏定例舉隅	222
三、運用實態	236
肆、從近世刑法原理聯想《唐律》不應得為罪	241
一、從不應得為罪透視《唐律》罪刑法定的虛與實	241
二、從不應得為罪考察《唐律》罪的概念與立法技術	248
伍、結語	255
第七章 唐律責任能力的規範與理論	261
壹、緒說	262
貳、責任能力在刑法史上的發展	263
一、古代歐陸法制	263
二、唐代中國以前的法制	265
參、《唐律》關於老小疾病的規定及其實例	272
一、老小疾病的種類及其優遇	274
二、認定老小疾病的時間標準	280
三、其他特例	282
肆、《唐律》責任能力的理論基礎	286
一、當代責任能力的本質學說	286
二、《唐律》責任能力的性質	287
伍、《唐律》責任能力的影響及其演變	290
一、影響	290
二、演變	293
陸、結語	296

第八章 唐律輕重相舉條的法理及其運用	299
壹、序說	300
貳、傳統中國舊制中的比附	302
一、唐以前比附法制的源流	302
二、《唐律》中的比附實態	305
參、《唐律》輕重相舉條釋義及其運用	308
一、輕重相舉應用例的態樣	308
二、輕重相舉的運用實例	311
肆、輕重相舉條的法理性質辨析	319
一、學說爭議	320
二、從當代法解釋學觀點論輕重相舉條之性質	326
三、輕重相舉與《唐律》法的確定性問題	330
伍、結語	333
第九章 唐律與龍筋鳳髓判	339
壹、前言	340
貳、張鷟《龍筋鳳髓判》其人其書	342
一、張鷟這個人	342
二、《龍筋鳳髓判》內容要義	345
參、《龍筋鳳髓判》判詞問目的真實性問題	348
一、擬判乎？	348
二、實判乎？	350
肆、《龍筋鳳髓判》案例解析舉隅	354
一、關於洩漏機密罪案	355
二、關於崔暹奏事口誤罪案	358
三、關於奏狀誤失罪案	359
四、關於知制敕書有誤罪案	361
五、關於貪瀆罪案	362
六、關於收受賄賂罪案	363
七、關於犯夜罪案	365
八、關於違犯綱常名教罪案	367

九、關於合和御藥有誤罪案	369
伍、《龍筋鳳髓判》的評價	371
一、官定判例的經典之作	371
二、堆垛故事的浮判之詞	373
三、我的觀點	376
陸、結語	381
結論	385
 本書各章論著初出一覽表	393
名詞索引	394
人名索引	397

Han-Tang Legal System and Confucianism

Yuan-sheng Huang

Table of Contents

<i>Introduction</i>	1
---------------------------	---

Part I Confucius Criminal Judgments and Confucian Jurisprudence

Chapter 1	A Contemporary Interpretation of Chun Qiu Criminal Judgments	9
Chapter 2	A Study on the Cases of the Criminal Judgments in Lian Han Chun Qiu	31
Chapter 3	The Research Method and the Legal Perspective in Chun Qiu Criminal Judgments	99
Chapter 4	The Criminal Theory of "Punishment in Accordance with the Wrongdoer's Intent" in Chun Qiu Criminal Judgments	131

Part II The Legislative Principles of the Tang Legal System and Confucianism

Chapter 5	The Thinking of Manners and Punishment in the Tang Legal System	177
Chapter 6	Offenses Concerning Forbidden Acts in the Tang Code	213
Chapter 7	The Norm and Theory of Culpability in the Tang Code	261
Chapter 8	The Legal Reasoning and Application of the Definite Interpretation in the Tang Code	299
Chapter 9	The Tang Code and “Long-jin-fong-sui Judgments”	339
 <i>Conclusion</i>		385
List of the origin of each chapter in this book		393
Noun Index		394
Name Index		397

卷一

序

導言

西洋法律思想史上，「自然法」與「實證法」互為消長，而在傳統中國法制中，則有儒法兩家的政法理論相互為用。帝制中國的政治和法律制度，可說以儒法兩家思想為表裡，它們各自表現其理念的特色，尤其在王霸之辨及禮法異論方面。

從理論上看，自先秦以降，由「仁、德」到「禮、法」治道觀念的形成與演變，本非單一向度的發展，而是曲折繁複，自有其深度與廣度¹。粗疏以言，儒家的法理思想，建立在人類理性和良心的基礎之上，主張以倫常、禮教的道德律，來規律人民的社會生活，強調貴賤、尊卑、長幼、親疏之別，而為達到有別的境地，所以肯認有等差的人間秩序——禮；而禮是維持社會秩序的行為規範，德又為禮的本體，因此，儒家認為「禮」者「理」也，合理比合法重要。法家則基於「好利惡害」的「功利現實觀」，主張以法律為維持社會秩序的行為規範，以刑罰制裁為推行法律的力量，並不認為仁義德禮能治理好國家社會，也不認為世上有絕對的價值觀念；講一賞一罰，除君權獨尊外，不分親疏、貴賤，一以度量斷之，主張以客觀之「法」，作為治民之具，以達到「齊民社會」。

在實際上，當我們走進悠遠的傳統中國法制長廊中，總覺得，凡有關於政法思想的問題，不時顯現出儒法兩家觀點的啾啾爭辯；姑不論孰高孰下，可以肯定的是：自漢以還，「儒家」思想是中國文化的主流，其間固有盛衰，但歷代君主為治之道，終皆未能有逃於儒，而

1. 有關先秦儒法兩家的法理思想，詳參張偉仁輯、陳金全注《先秦政法理論》，頁 1-29、133-232、268-382，北京，人民出版社，2006 年。